

LIMITAÇÃO EFETIVA DA RESPONSABILIDADE DOS EMPRESÁRIOS E DOS SÓCIOS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS COMO MECANISMO DE ESTÍMULO À ATIVIDADE PRODUTIVA.

EFFECTIVE LIMITATION OF COMPANIES PARTNERS LIABILITY AS A MECHANISM OF ENCOURAGEMENT TO PRODUCTIVE ACTIVITY.

Uriel Wesley dos Santos Souza¹.

Resumo

O presente trabalho examina a relação entre direito e economia, sobretudo no âmbito empresarial. Analisa a influência e os riscos da má incidência do direito nos setores econômicos, mais especificamente a desconsideração dos juízes às regras concernentes para o afastamento da personalidade jurídica. Em seguida dissecar os meios práticos para a efetiva limitação da responsabilidade dos sócios, defendendo a possibilidade de coadunação entre meios procedimentais uniformes para o afastamento da personalidade jurídica e princípios protetivos pertencentes aos microssistemas do ordenamento jurídico. Por fim, demonstra como uma limitação efetiva da responsabilidade pessoal dos empresários pode beneficiar toda a comunidade civil.

Palavras-Chave: Responsabilidade Limitada, Desconsideração da Personalidade Jurídica, Função Social da Empresa, Empresários, Economia, Produtividade.

Abstract

This paper analyzes the relationship between law and economy, especially in business law. Examine the influence and the risks from law wrong occurrences at economic sectors, especially the contempt of judges regarding the relevant rules to disregard of legal entity. Then dissect the practical methods to an effective limitation of companies partners, defending the possibility a combination between a uniform procedural method to disregard of legal entity and protective principles belonging to legal order. Finally, demonstrate as an effective entrepreneur liability limitation may beneficiate the civil community.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

Keywords: Limited Responsibility, Disregard of Legal Entity, Company's Social Function, Businessman, Economy, Productivity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PRODUTIVIDADE.....	7
3. PERSONALIDADE JURIDICA E RESPONSABILIDADE LIMITADA	
3.1. Aspectos acerca da personalidade jurídica	9
3.2. Responsabilidade Limitada do Sócio.....	11
4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
5. O PROCESSO COMO FORMA DE MINORAR OS PROBLEMAS CAUSADOS PELA MÁ APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	18
5.1. Análise do artigo 135 do CPC/2015	19
5.2. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de consolidar regras para aplicação do instituto	22
6. CONCLUSÕES.....	24
7. REFERÊNCIAS.....	26

1. INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno social que se comunica com diversas outras áreas da sociedade civil. Sendo este o regulador das relações humanas, torna-se evidente a importância da análise crítica aos aplicadores do Direito que são os responsáveis pela incidência das normas brasileiras nos fatos concretos levados à jurisdição estatal.

Um dos setores que andam lado a lado com o Direito é a economia, setor que sofre diariamente com as decisões provenientes da Administração Pública e que necessita estritamente de normas sólidas e eficazes para evitar problemas nas engrenagens econômicas oriundas de situações inesperadas ocorridas no ordenamento jurídico.

Elementares integrantes da economia de um país são os empreendedores e empresários exploradores das diversas atividades empresariais existentes. Estes indivíduos em busca de retorno financeiro é verdade, arriscam seu patrimônio pessoal em investimentos mercantis que nem sempre estão fadados ao sucesso. Desse modo, é razoável que o ordenamento jurídico brasileiro forneça a estes empreendedores e empresários que em sua maioria são indivíduos de classe média baixa¹, mecanismos de proteção ao seu patrimônio como forma de estímulo a mais pessoas perquirirem a exploração da atividade empresarial, gerando empregos, insumos básicos, tributos, etc.

A efetiva limitação da responsabilidade dos empreendedores e empresários no Brasil infelizmente enfrenta obstáculos no próprio ordenamento jurídico brasileiro, onde este indispensável instituto é mitigado em função de outros interesses também importantes, mas que são apreciados sem um mínimo de coerência processual gerando uma forte instabilidade econômica.

Desta forma, o presente trabalho se divide em quatro partes. Na primeira se explana a importância da existência de empreendedores e sociedades empresárias que influenciam diretamente na economia nacional como um todo e como a partir disso se extrai a

¹ Segundo a Pesquisa GEM 2012 (Sebrae/IBQP), a qual investigou o perfil do empreendedor brasileiro, 55,2% dos empreendedores brasileiros fazem parte da classe C e 7,3% da classe D e E. Além disso, 47% dos empreendedores brasileiros possuem segundo grau completo, enquanto 39% possuem apenas o primeiro grau completo

função social da empresa, função esta que deixa de ser aproveitada com a diminuição de indivíduos interessados em empreender e que por sua vez está diretamente ligado à uma limitação de responsabilidade pessoal ineficaz, decorrente da não observância proposital da legislação.

A segunda parte aborda uma breve discussão da natureza da personalidade jurídica e algumas das teorias que tentam conceituá-la. A partir disto se tenta demonstrar a complexidade verificada na formação da pessoa jurídica e como é danoso o seu afastamento para atingir aqueles indivíduos que participaram do seu processo de formação, mas que nada tem a ver com as suas obrigações. Posteriormente se analisa como a limitação da responsabilidade é tratada no Brasil, apresentando conceitos doutrinários básicos e a importância da manutenção dos seus princípios e regras em respeito a um ordenamento jurídico coerente e sistêmico.

A quarta parte investiga de forma mais profunda a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro, como os diferentes microssistemas se utilizam deste instituto e impactos que as decisões versando sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica proporcionam.

A última parte defende o processo como meio de regulação da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, retratando os benefícios trazidos pelo incidente de desconsideração presente no Código de Processo Civil e como este incidente taxado como um obstáculo à realização do Direito pode coadunar-se aos princípios protetivos dos microssistemas especiais do ordenamento e assim, a limitação da responsabilidade do sócio tenha a sua esperada eficácia.

Assim sendo, se tenta demonstrar a importância da efetiva limitação de responsabilidade dos empreendedores e empresários para que assim estas pessoas tenham segurança para realizar investimentos que beneficiará de diversas formas a comunidade civil, consciente de que o seu patrimônio pessoal só será atingido além destes investimentos em casos excepcionais e após um procedimento uniforme de investigação.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PRODUTIVIDADE

O Código Civil brasileiro se encarregou de abordar o conceito de empresário e o fez no seu artigo 966². De certo, aquele que se dispõe a empreender persegue uma vantagem financeira, o lucro. Os riscos em explorar uma atividade econômica são grandes, sobretudo em tempos onde o cenário político é pouquíssimo favorável, além do fato de os eventos ocorridos no sistema político atingirem a economia de maneira imediata. Nada mais justo que conceder a possibilidade de lucro aquele que explora atividade tão arriscada e incerta³.

Analisando o objeto do direito empresarial desde os primórdios, empresa e empresário se intercalaram, tendo este objeto se modelando à medida que os seres humanos e, conseqüentemente, a economia evoluiu⁴. Deste modo, sempre houve a necessidade de regulação daqueles agentes que formam o âmbito econômico pois é clara a sua influência direta em todos os meios da comunidade.

Tomando como base as dimensões continentais que o Brasil possui e as dificuldades econômicas provenientes de diversos fatores – por exemplo, a exploração histórica desde a colonização, ditadura militar, corrupção, alto nível de pobreza da população – demonstra-se a importância de um país que fomente o empreendedorismo e forneça subsídios para manter cidadãos interessados em investir nos setores econômicos.

O papel do Direito é regular os meios que serão utilizados para a exploração das atividades mercantis estabelecendo limites e regras de conduta visando manter uma transparência da atividade empresarial⁵. Pode-se enxergar esta preocupação do ordenamento

² Código Civil, art. 966: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

³ KLEIN, Peter G., **O capitalista e o empreendedor**, p. 141.

⁴ Vejamos uma breve listagem da evolução do objeto do direito comercial: a) ênfase do direito comercial sobre o ato de intermediação, o sujeito, membro das corporações de ofício, era a base dos estudos; b) O segundo período, iniciado a partir do Código Comercial Francês (1807) se baseia em qualquer indivíduo que pratica atos de comércio. O objeto então eram atos mercantis e não mais o agente de tais atos; c) A partir do Código Civil italiano de 1942, o objeto do direito comercial permutou dos atos de comércio para a empresa; d) Partindo de um princípio que a empresa não consegue existir sozinha, esta é um agente que atua em um meio. Este meio é o mercado, que deve ser o centro do estudo, para que não haja um exame restrito do âmbito empresarial, focado apenas na empresa, mas sim o mais abrangente possível, analisando a empresa com os outros entes que atuam na economia.

⁵ FORGIONI, Paula A., **A evolução do direito comercial brasileiro – Da mercancia ao mercado**, 2ª ed., p. 15: “*O direito mercantil não é concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado; o interesse da empresa é protegido na medida em que implica o bem do tráfico mercantil. O patrimônio jurídico do direito comercial deve ser analisado sob essa ótica; o ordenamento*

brasileiro já na Carta Magna de 1988 quando, no seu artigo 170⁶, disciplina os princípios e regras de proteção à Ordem Econômica⁷.

Considerando este cenário, interpretando o caráter garantista da Carta de Outubro, é possível constatar a existência da função social da empresa. Ora, as riquezas, os empregos, os tributos e os avanços tecnológicos gerados pelas atividades empresariais somados aos diplomas legais criados para a regulação deste segmento da sociedade civil, são indícios suficientes para configurar o caráter não só econômico e financeiro da empresa, mas também o seu papel em desenvolver os seres humanos que fazem parte da sua área de atuação.

De forma direta, esta função se perfaz pela geração de empregos e consequentemente a geração de rendas que os trabalhadores se utilizam para sustentar suas famílias. As empresas produzem e fornecem insumos básicos sem os quais as pessoas não podem sobreviver, alimentos, vestuário, medicamentos, serviços, elevando a qualidade de vida da população. As empresas são as principais responsáveis pela pesquisa de novas tecnologias auxiliando no desenvolvimento dos Estados. As empresas, sobretudo as privadas, podem desafogar as finanças do Estado a partir das chamadas Concessões ou Parcerias Público-Privadas (PPP). Enfim, as sociedades empresariais são cruciais para o desenvolvimento de qualquer país, existindo sim uma obrigação social que são incumbidas à estas. Todavia, é sabido os problemas que também são causados por estas pessoas jurídicas e seus sócios, mas para isto existe o Direito e a sua fiscalização, no intuito de coibir atos ilícitos perpetrados neste âmbito.

considerará e admitirá a racionalidade econômica do agente apenas enquanto mostrar-se útil ao sistema, dentro da racionalidade jurídica”.

⁶ Constituição Federal, art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁷ CARVALHOSA, Modesto, **Direito Econômico – A ordem econômica na Constituição de 1969 (A justiça social como fim da ordem econômica)**, Revista dos Tribunais, p. 601: “A justiça social como fim da ordem econômica: A realização da justiça social, atribuída à Ordem Econômica, funda-se na convicção política de que a plenitude da pessoa humana somente é alcançável pela superação, também, das necessidades individuais e coletivas ao nível de subsistência”.

Para existir sociedades empresárias ou sociedades unipessoais antes é preciso haver empreendedores que se habilitem a explorar determinada atividade empresarial⁸. Nesta senda, é papel do Direito fornecer ao empreendedor uma mínima segurança jurídica para que este possa se sentir incentivado a empreender, pois tem ciência de quando ocorrer problemas na exploração da atividade, e eles ocorrerão, haverá uma norma jurídica sólida para incidir no fato, minimizando as surpresas e o risco⁹. Havendo, portanto, uma insegurança jurídica detectável na exploração de atividades empresariais, conseqüentemente haverá uma diminuição daqueles que empreendem. Ou seja, o sujeito deixará de investir na economia pois tem ciência que em um momento de crise, por exemplo, e os negócios não irem da forma desejada, não haverá formas de proteger o seu patrimônio pessoal, fomentando o desinteresse na exploração de atividade econômica. É diretamente proporcional a falta de segurança jurídica no setor econômico e o desestímulo ao empreendedorismo.

Por conseguinte, com menos sociedades empresárias no mercado, a função social da empresa é mitigada, os benefícios à população que os serviços, o comércio, as tecnologias podem trazer, são desperdiçados, a taxa de desemprego se eleva, o poder de compra despenca e assim temos um efeito dominó que pode ser evitado a partir da devida observância aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e às disciplinas processuais.

Em tempo, para que a função social da empresa seja cada vez mais explorada, é necessário a manutenção das sociedades empresárias e o fomento para criação de outras. Isso só será possível na medida em que o Direito proporcione sólidas barreiras entre o patrimônio pessoal do sócio e o da pessoa jurídica, a partir da responsabilidade limitada.

3. PERSONALIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE LIMITADA

3.1. ASPECTOS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

⁸ GIANTURCO, Adriano, **O empreendedorismo de Israel Kirzner**, 1ª ed., 2014: “O mercado não é um estado, mas um “processo” de uma realidade dinâmica em constante movimento e nunca em equilíbrio, onde o empreendedor atua como elemento interno e parte integrante do sistema, e não como destruidor de um suposto equilíbrio perfeito precedente, mas como o agente que observa e aproveita as oportunidades ainda não exploradas, coordenando assim os vários planos individuais e desencadeando um mecanismo que tende ao equilíbrio”.

⁹ FILHO, Calixto Salomão, **O novo direito societário**, p. 26: “Tudo o que foi dito parece levar a uma conclusão necessária. É importante reconhecer a força e até o dever transformador do direito. Ausente o Estado para diretamente prover o interesse público, o direito, com sua supremacia valorativa, é chamado a imprimir tais valores à vida dos particulares. Em matéria de direito empresarial essa necessidade é premente, por seu poder e influência sobre a conformação econômica e social da sociedade”.

Durante o decorrer da história, o instituto da personalidade jurídica sofreu diversas intervenções importantes, de Savigny¹⁰ à Kelsen¹¹. Estes importantes teóricos do direito, dentre outros, ajudaram a moldar a concepção que se tem hoje sobre personalidade jurídica.

A realidade da personalidade jurídica nos dias hodiernos perpassa pela análise da relação entre a teoria da ficção de Savigny e o contratualismo, assim como a relação entre a teoria realista de Gierke e o institucionalismo, relações estas, dissecadas por Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho¹².

A partir do racionalismo jurídico, Savigny desenvolve a teoria da ficção crendo na realidade do instituto da personalidade jurídica no âmbito social, mas, ainda assim, demonstrando a sua artificialidade e sua “existência” restrita ao mundo jurídico, dado a necessidade de se regular determinados agrupamentos humanos que atuavam perante a sociedade¹³. Diante disto, torna-se clara a ligação entre a teoria da ficção e o contratualismo, tendo em vista que o conceito do contratualismo é a coadunação entre o interesse social e o interesse dos sócios. Conclui-se, portanto, que a complementação entre a teoria da ficção e o contratualismo deriva exatamente das suas características, onde esta é utilizada como aglutinação e identificação do interesse dos sócios, enquanto aquela “vê na pessoa jurídica ficção necessária para a passagem dos interesses – esses sim reais – dos sócios¹⁴”.

Em contrapartida, observando a teoria realista de Gierke, constata-se uma visão distinta do que seria o instituto da personalidade jurídica e o seu papel. Para a teoria realista, uma corporação, por exemplo, pode possuir vontade própria. A alma da corporação, para Gierke, advém da vontade comum¹⁵. Entretanto, a teoria realista não explica o processo de formação da chamada “vontade própria social”. Por este motivo, identifica-se a complementação fornecida pela teoria institucionalista do direito societário. Fica a cargo do

¹⁰ Teoria exposta no *System des heutigen römischen Rechts*, cit.

¹¹ H. Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, cit.

¹² F.K.Comparato, C. Salomão Filho, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 5ª ed.

¹³ F.K.Comparato, C. Salomão Filho, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 5ª ed., p. 330: “*O artificialismo da pessoa jurídica reconhecido por Savigny e adotado por Kelsen nada mais é que uma consequência da concepção, não expressamente declarada, da sociedade como um ente capaz de atribuir personalidade jurídica aos interesses dos sócios como um conjunto*”.

¹⁴ F.K.Comparato, C. Salomão Filho, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 5ª ed., p. 332.

¹⁵ O. von. Gierke, **Deutsches Privatrecht**, I, 1895, p. 474.

institucionalismo, portanto, identificar e caracterizar de onde surge a vontade própria da pessoa jurídica e como esta se manifesta.

A partir desta breve explanação acerca de duas das mais importantes teorias que pretendem explicar a personalidade jurídica, se quis demonstrar a alta complexidade deste instituto e sua vetusta discussão, verificada desde os tempos medievos, quando os canonistas medievais examinavam “sobre quem seria o sujeito da Igreja como pessoa jurídica”¹⁶, além da sua clara importância para o equilíbrio econômico de um determinado Estado¹⁷. Ressalta-se a necessidade à devida contemplação das regras aplicadas à personalidade jurídica, regras estas que se observadas de forma uniforme pelos microssistemas formadores do ordenamento jurídico brasileiro, são capazes de estabilizar diversos campos econômicos, a partir de uma interpretação mais homogênea do instituto e consequentemente uma segurança jurídica mais difícil de ser afetada.

A realidade brasileira demonstra a total incoerência entre os microssistemas do ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que diz respeito ao propósito da personalidade jurídica e a necessidade de seu eventual afastamento. Este fato vem causando diversos problemas práticos no mundo empresarial, uma vez que o empreendedor passa a não ter a certeza de que preceitos legislativos/processuais básicos serão respeitados pelos magistrados.

Este fato demonstra a total falta de coerência daqueles que deveriam zelar pelas regras concernentes ao instituto da personalidade jurídica, inclusive aquelas regras que dispõem sobre o seu devido afastamento, o que raramente pode ser observado, caracterizando uma total discricionariedade e consequentemente uma alarmante insegurança jurídica.

3.2. *RESPONSABILIDADE LIMITADA DO SÓCIO*

¹⁶ F.K. Comparato, Calixto Salomão Filho, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 5ª ed., p. 326.

¹⁷ SOUZA, André Pagani, **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**, 2ª ed., p. 12: “Embora sob o mesmo enfoque, Maria Helena Diniz enfrenta a questão da personalidade jurídica com maior riqueza de pormenores, fato que diz respeito ao estudo a que nos propusemos, na medida em que refoge ao aspecto meramente patrimonial. Refere-se a citada autora ao direito de identificação ou de identidade, pois a personalidade é dotada de denominação, de domicílio e de nacionalidade. Vai além ao contemplar “o direito ao nome, à marca, à liberdade, à imagem, à privacidade, à própria existência, ao segredo, à honra objetiva ou à boa reputação”. Essa gama de direitos nasce com o respectivo registro e mantém-se íntegra até que seja cancelado o registro da pessoa jurídica”.

O debate envolvendo a responsabilidade do sócio nas sociedades empresárias deve ser levado em consideração não só como uma regra positivada, mas também como um meio indireto de manter a economia forte e aquecida, sobretudo nos períodos de crise, na medida em que o empreendedor possuirá formas de se proteger dos percalços econômicos e continuar empreendendo sem ter o seu patrimônio pessoal atingido.

O entendimento sobre o caráter “extralegal” da limitação de responsabilidade empresária e sua influência no âmbito econômico é bastante assentado na doutrina, já que os benefícios à economia a existência e a efetiva aplicação da responsabilidade limitada no âmbito empresarial possuem evidentes benefícios à economia¹⁸.

A responsabilidade limitada não pode ser confundida como uma forma do empresário burlar a lei e fraudar os seus credores, eximindo-se das suas responsabilidades através de condutas ilícitas. O que se pretende com a separação patrimonial entre o sócio empreendedor e a pessoa jurídica é proporcionar àqueles que se arriscam no desempenho de alguma atividade empresarial, tenham fronteiras sólidas entre o seu patrimônio pessoal e o patrimônio social¹⁹.

Corroborando com a separação patrimonial e a responsabilização limitada está o próprio ordenamento jurídico pátrio, o qual cria uma “pessoa” específica sujeito de direito e de obrigações para arcar com as responsabilidades que ela mesma adquirir. Não há sentido em o ordenamento criar este ente jurídico, responsabilizando-o por suas obrigações adquiridas e, em um segundo momento, aquele indivíduo que já teve o seu patrimônio afetado através da integralização das quotas/ações, seja mais uma vez afetado por uma conduta executada por outro sujeito de direito, sem se quer que se comprove fraude ou qualquer outra conduta ilícita

¹⁸ CAMPINHO, Sergio, **Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa**, 14ª ed., p.131: *Como conceito, a limitação da responsabilidade, ao contrário do que muitos afoitamente possam vir a pensar, é fonte propulsora de desenvolvimento econômico e social, na medida em que propicia o exercício mais seguro da empresa, e fomenta, via de consequência, a sua proliferação, gerando empregos, tributos e a produção de bens e serviços para a comunidade.*

¹⁹ SILVA, Leonardo Toledo da, **Abuso da desconconsideração da personalidade jurídica**, 1ª ed. p.195: *“A limitação de responsabilidade decorre da atribuição de rígida autonomia patrimonial à pessoa jurídica, por meio de um centro de imputação com patrimônio próprio. Na criação da pessoa jurídica, no mundo jurídico, o patrimônio integralizado, antes imputado ao sócio, passa a ser imputado à pessoa jurídica”.*

cometida pelo sócio²⁰. É o que explica Walfrido Jorge Warde Jr. E Rodrigo R. Monteiro de Castro²¹.

Não há como negar, portanto, a relação intrínseca entre o instituto da personalidade jurídica e a responsabilidade limitada nas sociedades empresárias. Isto corrobora, portanto, com a necessidade de estímulo à criação de um entendimento que possa servir como base para todos os microssistemas do ordenamento jurídico pátrio, e, a partir disto, minimizar as decisões discricionárias que não levam em consideração as construções teóricas acerca da personalidade jurídica e responsabilidade limitada, o que gera impactos na economia nacional que poderia e pode ser evitado a partir destas lições.

4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A princípio, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não deveria ser um “tabu” no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração o alto grau de discussão em relação ao tema. Não obstante, estas discussões são travadas em diversos âmbitos do Direito, seja na seara trabalhista, consumerista, ambiental ou empresarial, e, como resultado, diversas interpretações são obtidas, o que gera um verdadeiro desarranjo na aplicação do instituto.

Este problema também tem origem legislativa, por efeito de diversas áreas do Direito passarem a regular a aplicação do instituto da desconsideração²²⁻²³, deixando de levar em consideração diversos aspectos teóricos e principiológicos e que na prática promove uma

²⁰ **O Futuro da Limitação da Responsabilidade. A Expressão Continuada do Estado da Empresa como Prova de Incolumidade dos Meios de Produção Exclusiva da Sociedade Empresária.** In: **Sociedade Limitada Contemporânea.** Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro (coordenadores), p.747: “Isto explica, porque os sócios também são credores da sociedade. O pagamento do preço das quotas importa em uma efetiva transferência de propriedade das entradas. As entradas transmudam-se em elementos de produção de exclusiva propriedade da sociedade”.

²¹ **O Futuro da Limitação da Responsabilidade. A Expressão Continuada do Estado da Empresa como Prova de Incolumidade dos Meios de Produção Exclusivos da Sociedade Empresária.** In: **Sociedade Limitada Contemporânea.** Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro (coordenadores), p.747: “A sociedade é empresária e exerce exclusivamente a empresa, nada mais natural que responda exclusivamente pelos seus atos”.

²² **Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, art. 28 e parágrafos.**

²³ **Lei 9.605/98, art. 4º.**

deturpação do objetivo do instituto, gerando problemas tanto jurídicos quanto econômicos²⁴, afetando diretamente os sócios e empresários das sociedades empresárias.

É apropriado para o momento, uma prévia dissertação do instituto para contextualizar o que aqui se defende.

A desconsideração da personalidade jurídica tem como propósito principal o afastamento da autonomia fornecida às pessoas jurídicas e posterior afetação dos sócios da respectiva sociedade. É de conhecimento geral que dentre os milhares de empreendedores e empresários atuantes na economia, existem aqueles que utilizam a sociedade empresária e seus benefícios oriundos da personalidade jurídica como instrumento na realização de fraude ou abuso de direito. Deve existir, portanto, um mecanismo para coibir estes atos ilícitos²⁵.

Assim sendo, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação não deve ser interpretado como apenas mais uma forma de se alcançar um objetivo desejado, qual seja, a contemplação de uma obrigação a qualquer custo²⁶⁻²⁷.

Esta construção doutrinária visa estabelecer, lucidamente, limites à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, decorrente do seu caráter excepcional e do seu objetivo de coibir a utilização da pessoa jurídica como instrumento para a consecução de atos ilícitos. Todavia, como já explicitado alhures, diversos searas jurídicas fazem, de forma totalmente discricionária, o uso do aludido instituto, promovendo uma total desvirtuação do real propósito para a sua aplicação.

²⁴ **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.** Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303: “A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho não depende de formalidades e tampouco necessita de prévia citação do sócio”.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**, vol. 2, 18ª ed.: “O juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica. [...] Por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, prejudicar terceiros de modo fraudulento”.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial – Direito da Empresa**, vol. 2, 18ª ed.: “Não é possível desconsiderar a autonomia apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos”.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial – Direito da Empresa**, vol. 2, 18ª ed.: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Pelo contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que possam dele se utilizar para proteger essas fraudes”.

É totalmente compreensível que o judiciário deva buscar solucionar as demandas que são apresentadas a este, propiciando a incidência do Direito naquele fato posto à luz do regime jurídico. Contudo, as fontes do Direito, sejam elas as normas cogentes, a jurisprudência, a doutrina ou os costumes, muitas das vezes são usadas conforme conveniência do magistrado, restringindo a sua eficácia à luz de um discurso “de contemplação ao direito ali perquirido”, mas a que custo?

Os microssistemas do ordenamento pátrio possuem seus princípios e seus objetos próprios, nos quais cada um busca salvaguardar os seus conceitos, seus propósitos e seu organismo interno como um todo. Este fato, no entanto, não anula a possibilidade de comunicação entre microssistemas com objetos distintos, podendo sim haver uma hermenêutica a partir de uma visão mais ampla e obtendo o equilíbrio entre princípios que iluminam distintos microssistemas. Para isso, há que se considerar o caráter homogêneo do ordenamento jurídico brasileiro, onde seus microssistemas e suas normas, em teoria, devem se comunicar, para conceder ao ordenamento uma sistematização que é almejada desde a Constituição de 1988.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica possui uma ampla aplicação no judiciário brasileiro, onde cada microssistema interpreta a sua incidência tão somente à luz dos seus princípios próprios. Esta visão é equivocada pois o instituto da desconsideração também possui seus princípios e regras para aplicação peculiares²⁸, criados exatamente para restringir a utilização do instituo às ocasiões que verdadeiramente necessitem a sua aplicação, daí o seu caráter excepcional. Desta forma, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica exige uma hermenêutica sofisticada do magistrado, onde este precisa sair do seu lugar de conforto e interpretar a legislação de forma sistemática, esquivando-se de arbitrariedades e de “lugares comuns” que muitas vezes a prática forense desenvolve.

²⁸ SOUZA, André Pagani, **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**, 2ª ed p. 17: “Ao esclarecer o que se deve entender por valor específico de cada norma, Calixto Salomão Filho aduz tratar-se daquilo que Schanze chama de “definição qualificada da essência da pessoa jurídica, que traduz uma concepção pré e supranormativa da pessoa jurídica”, caracterizada na assertiva de que “o valor próprio da pessoa jurídica se contrapõe (e se sobrepõe) ao objetivo de uma norma específica”, entendendo ter havido certo exagero por parte de Schanze ao se reportar a um caráter pré e supra normativo, pois Serick expressamente reconhece que a pessoa jurídica não é um ente pré-moldado, mas sim uma criação do ordenamento jurídico”.

Um grande exemplo desta dessemelhança no regime jurídico referente ao instituto da desconsideração é a Justiça do Trabalho²⁹. Não é propósito deste trabalho tecer qualquer tipo de crítica direta a qualquer microssistema. O propósito aqui é demonstrar o desnivelamento causado pela não observância de princípios básicos que regem o instituto aqui discutido e suas consequências no seio da sociedade.

Analizando decisões proferidas pela Justiça do Trabalho a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, em suas diversas instâncias, percebe-se um olhar estritamente unilateral, através do qual se ignora importantes preceitos legais que orbitam sobre o tema, causando graves impactos econômicos³⁰⁻³¹⁻³². Não é difícil constatar que, a partir desta deturpação na aplicação do instituto, a Justiça do Trabalho causa prejuízos àqueles indivíduos os quais é seu dever proteger, os empregados. Isto porque as sociedades empresárias quando destituídas da separação patrimonial para o adimplemento de dívidas que ela não pode quitar por questões alheias a sua vontade – problemas oriundos da economia que atingem todos os agentes -, muitas sucumbem, e, conseqüentemente há o aumento de desemprego. Ademais, há fortes motivos para se presumir que este tipo de tratamento desestimula o próprio início de novas atividades empresárias, o que inviabiliza o surgimento de novos postos de trabalho.

²⁹ CLAUS, B. S., **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o Direito Processual do Trabalho**, p. 17: “É necessário registrar que a desconsideração da personalidade jurídica empresarial constitui “[...] ponto delicado de incômodo dos processualistas civis em relação à conduta proativa da magistratura trabalhista em relação à execução”. Faz-se necessário reproduzir essa observação de Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra para evidenciar que se forma uma tensão hermenêutica quando operadores jurídicos oriundos de distintos subsistemas jurídicos examinam a técnica da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação em cada situação concreta.”

³⁰ **TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 1406402020055020027 140640-20.2005.5.02.0027**: “Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de emprego e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correta a constrição dos bens do recorrente, tendo em vista sua condição de ex-sócio do executado durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução”.

³¹ **TRT-1 - Agravo de Peticao: AP 02155002919965010061 RJ**: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada quando a empresa não tem meios para arcar com a execução. Em tais hipóteses, afasta-se a pessoa jurídica para alcançar o patrimônio do sócio, que se beneficiou do trabalho do exequente e dos lucros advindos do empreendimento. De fato, há situações em que a distinção entre as pessoas do sócio e da sociedade servem como óbice injustificado à satisfação dos créditos do trabalhador. A inclusão da pessoa do sócio na fase de execução não fere o direito à ampla defesa, uma vez que a personalidade jurídica é apenas uma ficção do direito para justificar a existência da sociedade distinta da pessoa dos sócios”.

³² COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial – Direito da Empresa**, vol. 2, 18ª ed.: “O princípio da autonomia patrimonial é importante para que empreendedores tenham confiança e arriquem-se em investimentos “perigosos”, sem o medo de seu patrimônio pessoal seja atingido. Isso influi na economia e chega até os consumidores. Por isso, a desconsideração deve ter caráter excepcional, episódica, apenas quando realmente há fraude.

Observe-se que não há que se falar como argumento a assunção dos riscos de empreender pelo empreendedor/empresário, pois não é propósito do instituto da desconsideração ser instrumento para o adimplemento destas dívidas. Existem outros meios para a coação da sociedade empresária à efetuação dos pagamentos de débitos trabalhistas, e, se esta sociedade empresária passa por reais problemas financeiros, então é o caso da recuperação judicial ou a própria falência. Ou seja, a assunção dos riscos econômicos pelo empreendedor não dá vazão para que este tenha o seu patrimônio atingido, seja para o adimplemento de dívidas trabalhistas, como também para o pagamento de dívidas tributárias, por exemplo, o que é veementemente defendido por doutrina trabalhista.³³

Por outro lado, existem tentativas legislativas para regular de forma mais coerente o instituto, ainda que não plenamente efetiva³⁴. A mais satisfatória inovação legislativa tratando sobre o tema é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica contido no CPC/2015 (arts. 133 a 137). O incidente disciplina regras processuais para a instauração da desconsideração, devendo o magistrado ater-se à estas normas evitando assim discricionariedades e arbitrariedades.

Relevante norma integrante do incidente é o artigo 135³⁵, o qual elimina a possibilidade de instauração *ex officio*, bem como fornece ao sócio ou a pessoa jurídica a oportunidade de impugnar o pedido e conjuntamente solicitar provas que corroborem com o fato. Infelizmente, na prática, ainda não se observa o respeito pelas normas provenientes do incidente, pelo contrário, há uma grande resistência para a aplicação das normas processuais, principalmente oriunda dos juízes do trabalho, dificultando a tão perseguida homogeneidade

³³ CLAUS, B. S., **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho**, p. 14: “Esse redirecionamento da execução aos bens dos sócios é consequência natural do princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas, princípio segundo o qual os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem – a lição é de Cleber Lúcio de Almeida – pelos créditos trabalhistas respectivos. A formulação do jurista evoca o art. 2º, caput, da CLT, preceito que atribui ao empresário a responsabilidade decorrente do risco da atividade econômica empreendida, responsabilidade que se comunica diretamente da empresa aos respectivos sócios, os verdadeiros artífices do empreendimento econômico”.

³⁴ **Código Civil/2002**, art. 50: *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

³⁵ **Código de Processo Civil/2015**, art. 135: *Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.*

do instituto. Como consequência, há a inversão do caráter excepcional da desconsideração, passando, na prática, a responsabilização limitada dos sócios a ter esta natureza excepcional.

O balizamento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica promove uma maior segurança jurídica ao empreendedor e viabiliza o fortalecimento da limitação da responsabilidade do sócio, de modo a vivificar o investimento de novos empreendedores na economia, criando novas sociedades, novos empregos e o pagamento de tributos, propiciando um aquecimento da economia e o desenvolvimento de novas tecnologias necessárias para a evolução tanto fabril quanto da comunidade como um todo.

Está comprovando que a proliferação destas incertezas jurídicas, buscando não a comunhão dos interesses dos credores, mas a persecução ao interesse de credores exclusivamente considerados, não causa o bem que se busca, mas sim é capaz de aumentar ainda mais as mazelas sociais.

5. O PROCESSO COMO FORMA DE MINORAR OS PROBLEMAS CAUSADOS PELA MÁ APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

É inevitável a constatação das diferentes interpretações do instituto da desconsideração da personalidade jurídica realizada pelos distintos microssistemas formadores do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta senda, dilações doutrinárias se perfazem ineficazes, visto que cada microssistema baliza a sua hermenêutica analisando a questão de forma unilateral e desconsiderando diversos fatores componentes do fato em que está incidindo o Direito. À vista disso, o magistrado explora a referida demanda fundamentado em preceitos que não contemplam a complexidade e a necessidade de uma cognição exauriente³⁶ para que se constate inevitabilidade da aplicação da desconsideração.

Não obstante, é vasta a doutrina que advoga contrário às tentativas processuais em estabelecer parâmetros mínimos e que sejam de aplicabilidade ampla³⁷. Como forma de diálogo, sobretudo no que diz respeito ao instituto da desconsideração, é necessário haver uma

³⁶ Teoria objetiva/menor da Justiça do Trabalho e Consumidor.

³⁷ **Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho.** Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

proporcionalidade na aplicação dos princípios, seja na seara consumerista, trabalhista, ambiental ou qualquer outra. Dito isto, para a devida aplicação do instituto aqui aludido, torna-se fundamental a análise de critérios tanto subjetivos quanto objetivos, sendo ambos examinados à luz de um procedimento único, no qual as partes terão a possibilidade de apresentar as suas versões e provas. Não é possível que em nome da celeridade processual, ocorra a exclusão e desconsideração de atos processuais, tendo em vista que estes atos personificam direitos previstos na Carta Magna, como o contraditório e a ampla defesa³⁸.

Na prática, portanto, em sua grande maioria, a imputação de responsabilidade aos sócios sucede desde quando se constate que a sociedade não possua meios financeiros para quitar as suas dívidas, não sendo nenhum outro fator levado em consideração³⁹⁻⁴⁰. Comentando sobre o tema, Walfrido Jorge Warde Jr. e Rodrigo R. Monteiro de Castro explanam: “tudo o que o juiz ou o legislador faz é preferir a satisfação de um dado direito subjetivo de crédito (normalmente em razão da pessoa) à irresponsabilidade dos sócios”.

5.1. ANÁLISE DO ARTIGO 135 DO CPC/2015

Ante o exposto, o artigo 135 do Código de Processo Civil já citado anteriormente, se mostra como um objeto de crítica e análise mais aprofundada. Como também já dito alhures, a primeira parte do artigo 135 do CPC impele à citação do sócio ou da pessoa jurídica para que estes se manifestem quanto à instauração do incidente de desconsideração, impossibilitando a instauração *ex officio*.

Contudo, o objeto de análise neste capítulo é a segunda parte do supracitado artigo, que prevê que além de se manifestar sobre o incidente, a pessoa jurídica ou o sócio

³⁸ Constituição Federal, art. 5º, LV.

³⁹ **TJ-MS - Agravo de Instrumento: AI 14148712120158120000 MS 1414871-21.2015.8.12.0000:** “*Tratando-se de vínculo proveniente de relação de consumo, aplica-se a teoria menor da desconsideração da personalidade (§ 5º do art. 28 do CDC), para qual é suficiente a prova de insolvência da pessoa jurídica, sem necessidade da demonstração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. Verificada a índole consumerista da relação e o esgotamento, sem sucesso, das diligências cabíveis e razoáveis à busca de bens suficientes para satisfação do crédito do consumidor, é cabível a desconsideração da personalidade jurídica da executada*”.

⁴⁰ **TJ-RS - Agravo de Instrumento: AI 70063254916 RS:** “*Aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acolhida no sistema jurídico pátrio no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70063254916, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 21/01/2015)*”.

deverá requerer as provas que fundamentem a aplicação da desconsideração, complementado pelo parágrafo 4º do artigo 134⁴¹.

Sob um discurso de independência científica e a existência de um sistema procedimental especial suficiente para suprir as demandas jurídicas, diversos microssistemas ignoram a aplicação subsidiária do incidente de consideração da personalidade jurídica, resultando em um ambiente totalmente inseguro no quesito processual para aqueles na posição de devedor, pois em nome de uma celeridade processual o que se tem é uma supressão de atos processuais importantes para a validação de princípios caros ao ordenamento como o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa⁴². A inobservância das regras que balizam a aplicação do instituto gera grande instabilidade na responsabilidade limitada dos sócios, na medida em que a partir destes procedimentos especiais, o afastamento da personalidade jurídica se torna um ato corriqueiro.

Neste momento, alguns princípios pertencentes ao microssistema trabalhista se fazem pertinentes. É notório que em uma relação empregatícia as partes não possuem equidade econômica, tendo o empregador vantagem considerável neste aspecto. Por conta disto, se manifesta um ônus excessivo, quando não insuportável, que o credor comprove fraudes praticadas pelos controladores ou sócios minoritários. Este ônus excessivo provém da inacessibilidade do credor aos livros empresariais e registros da sociedade, documentos que podem elucidar o motivo que culminou na situação de insolvência da pessoa jurídica. Ou seja, configura-se a chamada prova diabólica⁴³.

Fredie Didier Jr. é explícito ao discorrer sobre o conceito de ônus da prova⁴⁴. Utilizando dos ensinamentos do grande processualista, afirma-se: por óbvio, a pessoa jurídica

⁴¹ **Código de Processo Civil**, art. 134, §4º: “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”.

⁴² **O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho**. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS Editora. nº 379. Julho de 2015. p. 15: Uma das características de qualquer sistema de conhecimento é a sua capacidade de produzir seus próprios princípios. É isso o que distingue determinado sistema “[...] e permite que se possa identificar nesse sistema alguns dos principais atributos tendentes ao reconhecimento de sua autonomia científica”.

⁴³ CLAUS, B. S., **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho**, p. 23: “Se pode ser considerada razoável a opção de atribuir ao credor tal ônus de prova no processo civil, em que o devedor costuma apresentar-se em condição de inferioridade econômica em relação ao credor, o mesmo não ocorre no âmbito do processo do trabalho. O credor trabalhista encontra-se em situação de inferioridade econômica em relação ao executado”.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória,

ou sociedade terá o interesse em disponibilizar os documentos que possui, em virtude de demonstrar o motivo que levou aquele inadimplemento para comprovar a inexistência de má fé ou negligência para com suas obrigações. Lembra-se que o mau estado financeiro de uma sociedade não é sinônimo de fraude, e o mais importante, o mero inadimplemento não dá subsídios para a responsabilização pessoal dos sócios. Caso se constate uma grave crise financeira, que se instale um processo de recuperação judicial ou se irreversível, decreta-se a falência.

É manifesta a maior facilidade de coleta das provas pelo sócio, já que este possui livre acesso aos livros empresariais e contábeis. Se o objeto do incidente é a desconconsideração da personalidade jurídica nos casos em que os requisitos e fundamentos necessários se façam presentes, nada mais justo que fornecer oportunidade ao sócio ou pessoa jurídica de apresentar documentos que corroborem com a idoneidade dos administradores e consequentemente afastar a aplicação da desconconsideração.

Por conta desta análise, tendo o sócio se oposto ou não logrado êxito em comprovar sua lisura mercantil a partir da investigação dos livros empresariais e balanço patrimonial, se torna eminente a incidência da desconconsideração da personalidade jurídica, agora atendendo pressupostos básicos para a sua incidência, respeitando o contraditório⁴⁵. Lembra-se também de outras formas as quais podem ser utilizadas pelos sócios para comprovar a sua probidade empresarial: é válido o exame às transações efetuadas pela pessoa jurídica durante um determinado período de tempo na busca de fatos que por vezes não possa ser constatado somente através dos livros mercantis. Além disto, a ouvida de testemunhas que participaram de forma direta ou indireta das negociações como também minuciosas auditorias são exemplos de meios de prova que o devedor possa se utilizar para impedir a sua responsabilização.

12ª ed., Ed. Juspodivm, p. 123: “Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância”.

⁴⁵ **O Futuro da Limitação da Responsabilidade. A Expressão Continuada do Estado da Empresa como Prova de Incolumidade dos Meios de Produção Exclusiva da Sociedade Empresária.** In: **Sociedade Limitada Contemporânea.** Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro (coordenadores), p. 753.

Outro benefício proporcionado pelo respeito a esta norma processual que dá a oportunidade do sócio comprovar a sua falta de culpa no inadimplemento das obrigações é uma maior precisão das sociedades no controle dos livros mercantis e dos balanços contábeis, além de mais atenção e prudência na escolha daquelas sociedades as quais se possa fechar negócio, analisando previamente a sua conduta no meio empresarial, evitando assim negociar com sociedades que possuem uma conduta de inadimplemento contumaz. Ora, o benefício da inversão do ônus da prova vai para além do processo judicial, na medida em que fomenta nas sociedades empresárias a sofisticação do controle econômico e contábil na vida cotidiana da sociedade, ampliando a rigidez do sócio na administração da atividade empresarial e assim, influenciando na economia como um todo, já que com um ambiente empresarial mais probo e com os empreendedores sentindo-se mais seguros sabendo que não terão seu patrimônio afetado caso atuem com responsabilidade e cautela, a tendência é o aquecimento da economia e o surgimento de novas sociedades, gerando lucro, empregos, tributos e o crescimento da comunidade civil como um todo.

5.2. *O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FORMA DE CONSOLIDAR REGRAS PARA APLICAÇÃO DO INSTITUTO*

O propósito deste trabalho é elucidar a viabilidade dos microssistemas que fazem uso do instituto da desconsideração, em utilizar uma mesma regra processual para balizar a sua aplicação. Não se defende aqui a restrição de princípios caros a estes microssistemas, mas sim a ampliação do campo de visão no momento em que o magistrado está diante de um fato em que possivelmente poderá ser aplicada a desconsideração⁴⁶.

Como já se explanou no item 2 deste trabalho, as sociedades empresárias possuem um grande papel no âmbito da comunidade civil, na medida em que desenvolve setores como o de serviços, comércio, tecnologia, é essencial para a geração de empregos, são devedoras de

⁴⁶ **O Futuro da Limitação da Responsabilidade. A Expressão Continuada do Estado da Empresa como Prova de Incolumidade dos Meios de Produção Exclusiva da Sociedade Empresária.** In: **Sociedade Limitada Contemporânea.** Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro (coordenadores), p. 759: “O perigo do desmembramento se faz notar nos tribunais brasileiros, especialmente competentes para julgar matérias trabalhistas e tributárias, com tendência a ignorar as formas jurídicas, e determinar o avanço sobre o patrimônio de sócios, pelos simples fato de sê-lo – ou de um dia ter sido. Ainda mais preocupante, por ser ou por ter sido procurador do sócio. A chamada teoria menor serve como instrumento de pretensão política de justiça social; encobre uma ilegalidade, consistente na inobservância de prova de fato alegado, produzida pelo credor ou pelo devedor”.

tributos, dentre outros aspectos. Nesta senda, ignorar todas estas questões que de forma nenhuma fazem parte apenas do direito empresarial e manter uma visão unilateral do Direito, gera extrema insegurança jurídica, afetando no ímpeto dos empreendedores que querem exercer uma atividade empresarial, mas não tem confiança na legislação que incide sobre o seu negócio, já que elas não são respeitadas. Seja a que título for, os institutos do Direito e seus conceitos devem ser avaliados de forma sistêmica, esta é a grande característica do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante deste problema crônico, o incidente de desconsideração pode sim ser utilizado como unificador destes microssistemas. Esta confusão doutrinária de princípios deve ser disciplinada de alguma forma, esta forma parte de uma interpretação uniforme, explorando um único procedimento para a aplicação do instituto. Não há vedação de princípios ou prejuízo à direitos, pelo contrário, há a instauração de um devido processo legal, onde ambas as partes saberão os meios processuais para a extração hermenêutica.

Ademais, não há também que se falar que em caso estes meios procedimentais sejam respeitados para a instauração da desconsideração, o sócio poderá dilapidar o patrimônio para não efetuar os devidos pagamentos, já que o diploma legal é elucidativo ao estabelecer a nulidade destas transações⁴⁷. Corroborando com o artigo 137 do CPC, está a tese aqui defendida. Tendo o sócio que apresentar através da inversão do ônus da prova todos os documentos para a análise judicial da conduta da empresa (livros mercantis, balanço patrimonial, negócios realizados, parcerias firmadas, testemunhas, especialistas), o juiz terá a possibilidade de identificar a realidade da sociedade empresária e consequentemente a dos administradores/sócios, detectando assim possíveis fraudes. De outro modo, caso o sócio não apresente estes documentos, a aplicação da desconsideração se faz pertinente.

São inegáveis os benefícios oferecidos pela aplicação do instituto da desconsideração através da utilização das normas processuais disciplinadas pelo incidente e sendo este adaptado aos princípios que regem os microssistemas formadores do ordenamento brasileiro. Por conta do caráter extraordinário do afastamento da personalidade jurídica, para que isto aconteça deve haver a formação do contraditório, a suspensão do processo e a comprovação da devida incidência da desconsideração no caso concreto. Contudo, em alguns

⁴⁷ **Código de Processo Civil**, art. 137: “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

microssistemas como a Justiça do Trabalho ou a Justiça Especial Cível, é fundamental preservar os princípios protetivos e assumir uma maior dificuldade do credor em provar possíveis condutas ilícitas cometidas pelo devedor.

Desse modo, defende-se a inversão do ônus da prova junto a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos processos em que se faça necessário a análise da necessidade ou não de responsabilidade pessoal do sócio, cabendo a este último a demonstração da sua lisura econômica e falta de culpa nos inadimplementos discutidos.

Esta tese, ao mesmo tempo em que atribui maior segurança jurídica ao empreendedor que deseja explorar certa atividade empresarial – influenciando na função social da empresa – e prestigia os princípios ínsitos ao devido processo legal⁴⁸, está em plena conformidade com os postulados fundamentais dos microssistemas voltados para a proteção dos indivíduos que necessitam da proteção legislativa do Estado em decorrência da sua condição social.

6. CONCLUSÕES

Como defendido de forma exaustiva, nos tempos hodiernos onde a complexidade do Direito exige interpretações cada vez mais sofisticadas e cognições verticalizadas, não há que se falar em análise considerando apenas um microssistema específico. Esta conduta transforma o Direito numa ciência engessada e fugindo do seu propósito principal, que é incidir sobre os fatos do cotidiano de forma sistêmica e integralizada.

A personalidade jurídica tem como objetivo a criação de um novo sujeito de direito onde este arcará com as obrigações e qualquer outro encargo atribuído a este. O instituto da personalidade jurídica debatido há tantos anos tem o propósito de facilitar a união e atuação de diversas pessoas naturais que queiram se agrupar por conta de um objetivo comum, seja numa associação, fundação, sindicato ou sociedade empresária. Por outro lado, a responsabilidade limitada tem o papel de instalar uma barreira entre o patrimônio do sócio e o

⁴⁸ **Código de Processo Civil**, art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

da pessoa jurídica, onde aquele arcará pessoalmente apenas com a integralização das quotas ou ações, não devendo mais ser confundido como detentor das obrigações adquiridos pela pessoa jurídica que ajudou a formar, exceto nos casos de fraude, abuso de direito, simulação ou qualquer outro ato ilícito em que o sócio utilize a pessoa jurídica.

A responsabilidade limitada dos sócios deve ser preservada e incentivada, não haverá o interesse dos empreendedores em arriscar-se no mundo empresarial caso saibam que em momentos de situações difíceis a serem enfrentadas, a limitação da sua responsabilidade será mitigada sem que ocorra qualquer tipo de procedimento que certifique a necessidade deste afastamento.

Em tempos de crise, é necessário haver um fortalecimento primeiro das instituições para que depois a economia volte a crescer. No caso do Direito esse fortalecimento se configura na medida em que a sua aplicação coaduna para a resolução de problemas econômicos trazidos a este. Desta forma, os juízes brasileiros devem ter consciência dos impactos econômicos que as suas decisões provocam. Se tratando de responsabilidade de sócio de sociedade empresária, esta decisão não deve ser proveniente de senso comum ou apenas da análise de um dos lados, a cognição do juiz deve ser a mais vertical possível, priorizando uma investigação minuciosa do caso para constatar se ali é realmente necessário a responsabilização pessoal do sócio. Para que seja efetivada esta cultura, os magistrados não devem se ater a realidade do caso e não apenas de uma das partes, este é o papel do direito.

No mundo dos negócios a visão em longo prazo é uma característica inerente, qualquer indivíduo que almeje ser bem-sucedido neste ramo deve saber visualizar alguns meses, anos à frente para investir. Ora, se a partir destas análises for constatado um risco muito grande no que diz respeito a incidência de responsabilidade pessoal do sócio, a tendência é a queda de empreendedores que se proponham a explorar atividades mercantis, temendo o impacto de obrigações da sociedade no seu patrimônio por vias muitas vezes obscuras e que não haja sequer um procedimento específico para a apuração da sua responsabilidade.

Por fim, o que se deseja é uma maior coerência do ordenamento jurídico brasileiro e desta forma se solidifique a responsabilidade limitada dos sócios de sociedades empresárias, estimulando o empreendedorismo e delimitando as formas e procedimentos para o afastamento da responsabilidade limitada.

7. REFERÊNCIAS

CAMPINHO, Sergio, *Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa*, 14ª ed., p.131.

CARVALHOSA, Modesto, *Direito Econômico – A ordem econômica na Constituição de 1969 (A justiça social como fim da ordem econômica)*, Revista dos Tribunais, p. 601.

CLAUS, B. S., *O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o Direito Processual do Trabalho*, p. 14-17-23.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial – Direito da Empresa*, vol. 2, 18ª ed.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, 12ª ed., Ed. Juspodivm, p. 123.

F.K.Comparato, C. Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 5ª ed., p. 326,330,332.

FILHO, Calixto Salomão, *O novo direito societário*, p. 26.

FORGIONI, Paula A., *A evolução do direito comercial brasileiro – Da mercancia ao mercado*, 2ª ed., p.15.

GIANTURCO, Adriano, *O empreendedorismo de Israel Kirzner*, 1ª ed., 2014.

H. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*.

_____. *Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

LEIN, Peter G., *O capitalista e o empreendedor*, p. 141.

_____. *O Futuro da Limitação da Responsabilidade. A Expressão Continuada do Estado da Empresa como Prova de Incolumidade dos Meios de Produção Exclusiva da Sociedade Empresária*. In: *Sociedade Limitada Contemporânea*. Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro (coordenadores).

_____. *O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS Editora. nº 379. Julho de 2015. p. 15.

O. von. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, p. 474.

Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 3. Berlin, 1840.

SILVA, Leonardo Toledo da, *Abuso da desconconsideração da personalidade jurídica*, 1ª ed. p.195.

SOUZA, André Pagani, *Aspectos Processuais da Desconconsideração da Personalidade Jurídica*, 2ª ed., p. 12.

_____. *Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho*. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos

Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

_____. Pesquisa GEM 2012 (Sebrae/IBQP), -
<https://sgcwem.pr.sebrae.com.br/PortalSebrae/artigos/Perfil-do-Empreendedor-Brasileiro->. Acesso em 20/08/2017.